Pertanto l'antinomia tra i citati passi di Paolo potrebbe eliminarsi, come sembrava allo Scialoia (6), nel senso di ritenere che la missio in bona potesse competere a fini cautelari.

Da ciò può ritenersi probabile che l'azione revocatoria competesse a tali creditori per gli stessi fini, in base al principio stabilito da D. 5. 1. 41:

Papinianus, l. 3 quaestionum - In omnibus bonae fidei iudiciis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

Analogamente i legatari sotto condizione o a termine, erano protetti dagli istituti pretorii della « cautio legatorum nomine » e della missio in possessionem « legatorum servandorum causa » la cui formula edittale è stata ricostruita dal Lenel (7).

È a ritenere inoltre che anche il creditore condizionale potesse esigere, verificatasi la condizione, la percentuale dal bonorum emptor, in quanto sembra che le obbligazioni condizionali per negozi inter vivos si trasmettessero agli eredi (8) e quindi anche al bonorum emptor, considerato come un successore universale, che « ficto se herede agit ».

(6) Op. cit., p. 162.
(7) Cfr. RICCOBONO: *Cors*, II, p. 140 e 189.
(8) WINDSCHEID: op. cit., I, § 89 e n. 6 e 11 - SCIALOIA: op. cit., p. 159.

CAPITOLO VIII.

Atti revocabili

35. Presupposti generali. Contenuto patrimoniale. Volontarietà. Validità. Diminuzione del patrimonio. — 36. Omissione di acquisti: eredità, legati, liberalità in genere. Eredità fedecommissaria. Condizione potestativa. — 37. Eccezione a favore del fisco. — 38. Atti di diminuzione del patrimonio revocabili, in genere. — 39. Atti di alienazione propria. Acquisti a prezzo maggiore e vendite a prezzo minore del giusto. Vendite a giusto corrispettivo. Redhibitio. Diritto classico e giustinianeo. Altri negozi: donazione, donazione remuneratoria, costituzione di usufrutto, cessione dell'eredità, prestazione del legato, derelictio. — 40. Dote. Natura e revoca dell'atto: estremi nei rapporti del marito, della moglie. Diritto classico e giustinianeo. — 41. Atti di omissione. Estinzione dell'usufrutto e delle servitù. Prescrizione. Rinunzie. Rinunzia al pegno, al grado ipotecario, all'usufrutto, a crediti in genere. Negozi remissori: acceptilatio, pactum de non petendo. — 42. Assunzione di obbligazioni. Denegatio actionis ed exceptio fraudatorum creditorum. — 43. Costituzione di garanzie. Pegno. Ipoteca. Revocabilità. Accertamento della data dell' ipoteca. Ipoteca di maggiore efficacia. Revoca per frode. — 44. Adempimento di obbligazioni. Pagamenti anteriori alla missio in bona. Irrevocabilità. Pagamenti anticipati o sotto condizione sospensiva. Interusurium. Revoca. Adempimento di obbligazioni naturali. Proprie, improprie. Restituzione omissa ratione Falcidiae. Irrevocabilità. — 45. Datio in solutum. Revocabilità.

35. — Le fonti enunciano come regola che gli atti del debitore soggetti alla revoca sono esclusivamente quelli di diminuzione del patrimonio e non già anche le omissioni di acquisti. Gli atti revocabili quindi devono essere relativi a diritti aventi contenuto patrimoniale: i diritti strettamente personali, come quelli relativi allo *status* (1), ancorchè aventi riflesso patrimoniale, sono esclusi dalla revoca e così pure quindi le azioni strettamente personali, quali anche quelle, che « ad ultionem per-

(1) Per l'emancipazione cfr. D. 42. 8. 6. 3.

tinent » o « vindictam spirantes »; querella inofficiosi testamenti, actio iniuriam, sepulchri violati, de calumnia, revocatio propter ingratitudinem, come è detto per la revoca degli atti compiuti in frode del patrono (2).

Gli atti inoltre devono essere volontari: se dipendono da contingenze estranee alla volontà del debitore o se questi è costretto o può essere costretto ad eseguirli, essendo quindi accidentali o conformi al diritto, non può esservi revoca; vedremo però che all'obbligo strettamente giuridico è per altro equiparato l'adempimento di obbligazioni naturali anche improprie. Per gli atti di distruzione o di danneggiamento in frode dei creditori, compiuti dal fraudator, è data l'azione contro di lui (3).

Gli atti infine devono essere validi: ove siano nulli o anche, come si è già rilevato (4) simulati, non ricorre la necessità della revoca, essendovi a favore del curatore dei beni o dei creditori altre azioni o eccezioni.

36. — La prima norma sopra espressa, identica ai principii dell'azione Fabiana, trovasi ampiamente ripetuta nei testi.

D. 42. 8. 6 pr. (Ulp. 66 ad ed.): Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt ne locuplerentur.

D. 50. 17. 134 pr. (Ulp. 21 ad ed.): Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur.

D. 36. 1. 69 (67). 1 (Valens 4 fideicomm.): Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis et restitues mihi, quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem creditores tuos tali commodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam

(2) D. 38. 5. 1. 8 (Ulp. 44 ad ed.): Sed si puta querellam inofficiosi, quam potuit, vel quam aliam, forte iniuriam vel similem, instituere noluit, non potest patronus ob eam rem Fabiana experiri.

(3) D. 42. 8. 25. 7.

(4) Cap. II, n. 11.

remota postulatione mea creditores compellere te ut adires non potuerint (5).

D. 38. 5. 1. 6 (Ulp. 44 ad ed.): Utrum autem ad ea sola revocanda Fabiana pertinet, quae quis libertus de bonis deminuit, an etiam ad ea, quae non adquisiit videndum est. Et ait Iulianus libro vicensimo sexto digestorum, si hereditatem libertus non adierit fraudandi causa vel legatum reppulerit, Fabianam cessare: quod mihi videtur verum. Quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est. In ceteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus cui quis donatum voluit, idem erit probandum Fabianam cessare: sufficit enim patrono si nihil de suo in necem eius libertus alienavit, non si non adquisiit: proinde et si, cum sub condicione ei legatum esset, id egit ne condicio existeret, vel si sub condicione stipulatus fuerit, maluit deficere condicionem, dicendum est Fabianam cessare.

Contro il principio chiaramente affermato nelle fonti, per cui i creditori non potevano surrogarsi al debitore nell'accettazione delle liberalità rifiutate in frode delle loro ragioni, si sono sollevate obiezioni (Brezzo, Leoni, Giorgi), affermando che in sostanza la diminuzione del patrimonio si verifica anche nelle omissioni di acquisti e rilevando, come si esprime il Giorgi (6). la « nimia subtilitas » dei giureconsulti romani al riguardo.

Le obiezioni in linea astratta non possono dirsi infondate, in quanto sia pure indirettamente i creditori risentono danno anche dall'omissione di acquisti e varie giustificazioni sono state addotte per chiarire il fondamento della regola posta dalle fonti.

Sembra per altro che esso possa ravvisarsi in una duplice limitazione che regolava il principio della revocabilità degli atti in frode e cioè l' identità del patrimonio, come già si è rilevato (7), richiesta dalla formula interdittale « in bonis, quibus

(5) Al principio non contrasta il susseguente fr. 2, che, se anche genuino, esprime il dubbio sull'applicabilità dell' interdetto nel caso dell'astensione dall'eredità fidecommissaria, ritenuta sospetta, dall'heres suus: « vix fraudatorio interdicto uocus erit ». Sull' interpol. cons. SOLAZZI: op. cit., p. 241.

(6) In *Note al Maierini*, p. 144.

(7) Cap. V, n. 25.

de agitur » e il rispetto della libera determinazione della volontà, che non doveva coartarsi anche per l'accettazione o meno di una liberalità, considerandosi tale determinazione con un diritto strettamente personale.

La questione non muta per la condizione potestativa, valida in diritto romano (8) *ex parte creditoris*, rilevata nel fr. 6. 1 di D. 42. 8:

Ulp. 66 ad ed.: Unde si quis ideo condicioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea condicione est, ne faciat huic edicto locum.

Infatti, se l'aspettativa dell'evento condizionale potrebbe ritenersi in un certo senso compresa nel patrimonio del debitore, pur tuttavia l'effetto della volontà è condizionato e il diritto non sorge che con l'avverarsi della condizione. Pertanto sotto questo riguardo l'acquisto si attua con l'evento e quindi solo allora si acquisisce in effetti al patrimonio. Questo pertanto si accresce, per un *aliquid novi* del debitore, la cui volontà non può essere coartata, poichè i creditori devono considerare il patrimonio qual' è; e come non possono agire in genere perchè il debitore lo accresca così non possono costringere quest'ultimo a valersi di « occasiones adquirendi ».

Lo stesso vale per la non accettazione (9) di liberalità, quale la donazione, come è detto per l'azione Fabiana: In ceteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus cui quis donatum volui, idem erit probandum Fabianam cessare (l. 1. 6 di D. 38. 5 cit.).

Al principio non contrasta inoltre l'acquisto ipso iure dell'eredità per l'*heres suus* e per i legati per damnationem e anche per vindicationem, secondo la teoria Sabiniana (10).

Infatti il « beneficium abstinendi » dell' heres suus fa sì

(8) Mentre era nulla, se meramente potestativa — *si volam* — *ex parte debitoris* D. 44. 7. 8; 45. 1. 46. 3 e 108. 1; cfr. però D. 18. 1. 7. pr. per la volontà consistente nell'*arbitrium boni viri*.

(9) Sulla necessità dell'accettazione, a parte le trasmissioni di proprietà, in cui occorreva per la costituzione stessa del negozio trasmissivo, cons: WINDSCHEID, op. cit., II, § 365 e autori citati in nota (5) - FERRINI: op. cit., p. 846 - ASCOLI: *Trattato delle donazioni* [2], p. 46.

(10) Cfr. GAIO, II, 194-195.

che questi si consideri come mai divenuto erede, salvo il « nudum nomen » (11). Per gli altri eredi, anche fidecommissari, l'accettazione è libera, ancorchè col rifiuto si perda la quarta Falcidia.

Per il legato comunque il rifiuto fa sì che esso si consideri come mai acquisito: Attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est (D. 38. 5. 1. 6 cit.).

Pertanto nelle fonti, come per l'azione Fabiana, è ripetuto che il rifiuto dell'eredità o del legato non è compreso nell' Editto (12).

37. — L'omissione di acquisti in frode è però per diritto singolare revocabile a favore del fisco.

D. 49. 14. 45 pr. (Paul. 5 sent.): In fraudem fisci non solum per donationem sed quocumque modo res alienatae revocantur, idemque iuris est et si non quaeratur: aeque enim in omnibus fraus punitur.

L'opinione prevalente della dottrina pandettistica (Huschke, Reinhart, Zürcher, Schönemann, Mankiewicz, Windscheid) ritiene che il frammento suddetto ponga un'eccezione generale a favore del fisco, mentre secondo l' isolata opinione dell'Otto sso riguarderebbe solo il *capitis reus*.

All'eccezione non contrasta il fr. 26 h. t., in cui Ulpiano dichiara valida l'emancipazione del figlio effettuata dal capitis reus « ut hereditatem adiret »: in effetti si ritiene in tal caso che l'emancipazione non fosse revocabile, per la natura personale dell'atto, a parte l' ipotesi (Huschke, Reinhart) che l'eredità fosse destinata al figlio e non al padre emancipante.

Dal contrasto dei due frammenti tuttavia altri autori non ritengono fondata la teoria comune della deroga a favore del fisco ai principii revocatori già accennati (Grützmann, Serafini E., Maierini, Solazzi).

(11) D. 38. 17. 2. 8; 38. 2. 6. 2; 11, 1. 12 pr. e 30 (1) 89 (Iul. 36 dig.): Praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit /idem/ ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.

(12) D. 42. 8. 6. 2-5.

38. — Gli atti di diminuzione del patrimonio revocabili possono essere di varia specie e nelle fonti ne è data ampia elencazione.

Essi comprendono, come per l'azione Fabiana, oltre gli atti di alienazione vera e propria (13), le omissioni che producono l'estinzione di un diritto a favore di altri, i negozi remissori — *accepilatio, pactum de non petendo in personam* o *in rem* —, la transazione, le rinunzie, i pagamenti, l'assunzione di obbligazioni, la costituzione di garanzie.

Per gli atti processuali, si è già rilevato (14) come rientrino nell'editto l'estinzione delle azioni, escluse quelle meramente personali, quali anche le *vindictam spirantes*; la confessio in iure, la contumacia, la perenzione ed è da aggiungere ancora in genere il « praebere exceptionem », cui si contrappone la *replicatio* (secondo altri *duplicatio*) *fraudis*. D. 12. 2. 9. 5 rileva l'« exceptio iurisiurandi ».

39. — Per gli atti di alienazione si controverte se siano revocabili gli atti onerosi per un corrispettivo corrispondente al valore della cosa.

Nelle fonti troviamo per l'azione Fabiana formulata da Ulpiano l' ipotesi dell'acquisto per un prezzo maggiore e della vendita per un prezzo minore del giusto. Nel primo caso vi è ugualmente il danno del patrono.

D. 38. 5. 1. 13: Sed si emerit in fraudem patroni libertus, aeque dicendum /erit/, si magno emit in pretio relevandum patronum, condicione non ipsi delata, an velit ab emptione discedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere an potius rem quam vendidit recipere, persoluto pretio. Et in permutatione et in locatione et/ in/ conductione similiter idem observabimus.

L. 1. 16 h. t.: Sed si forte et res vilius distracta sit et pretium alii donatum, uterque Fabiano iudicio convenietur et qui

(13) In senso lato, secondo la distinzione del BEKKER, l'alienazione comprende il trapasso traslativo, costitutivo e remissivo o restitutivo. Cfr. WINDSCHEID: op. cit., I, § 69 e nota FADDA e BENSA.

(14) Cap. VI, n. 27.

vili emit et qui pecuniam accepit muneri. Is tamen qui emit si malit rem restituere non alias restituet, quam si pretium quod numeravit recipiat.

A parte le frasi insiticie (15), la frode è ravvisata nella differenza del giusto prezzo, mentre se il prezzo è giusto la vendita non è revocabile (fr. 1. 15 eod.).

Per la revoca in frode dei creditori vi è l' ipotesi della vendita a prezzo minore.

D. 42. 8. 7 (Paul. 62 ad ed.): Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit, deinde/ hi, quibus de revocando eo actio datur/ eum petant, quaesitum est, an pretium restituere debent. Proculus existimat omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur: et rescriptum est secundum Proculi sententiam.

L. 8. h. t. (Venul. 6 interdict.): Ex his colligi potest ne quidem portionem emptori reddendam ex pretio: posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis extent, iubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.

Dai passi suddetti si argomenta che se i creditori trovano il prezzo nel patrimonio del fraudator, questo dovrà essere restituito, qualora i creditori preferiscano riprendere il fondo venduto a prezzo minore.

Altrimenti però il compratore in mala fede — *sciens* — non può pretendere la restituzione del prezzo e nemmeno detrarne la percentuale corrispondente al prezzo, come per il reparto dell'attivo.

La vendita a giusto prezzo sembra valida per D. 41. 4. 8 (16) a meno che il compratore non sappia che il debitore dilapiderà il prezzo.

Per altro nel fr. D. 21 1. 43. 7 si fa l' ipotesi dell'acqui-

(15) Cons. SOLAZZI: op. cit., p. 103.

(16) Iul. l. 2 ex Minicio: Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est/: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto datura pecuniam servos emit, non usucapiet/.

rente di uno schiavo, il quale opera la *redhibitio* (*quasi redditio*) a fine di frodare i creditori (17), consumando il prezzo.

Si quis, cum consilium inisset fraudandorum creditorum, redhibuerit non redhibiturus alias, nisi vellet eos fraudare, tenetur creditoribus propter mancipium venditor.

Il passo, la cui genuinità è sospettata (18) riguarda l'editto degli edili curuli, cui si devono le azioni di redibizione e *quanti minoris:* in esso è detto che il venditore è tenuto per la frode, sebbene le prestazioni si equivalessero, sempre però — è a ritenere — che avesse la scientia fraudis.

Pertanto la soluzione classica per le alienazioni a giusto corrispettivo, ancorchè il prezzo non fosse trovato dai creditori in bonis del fraudator è dubbia e sembra più da accogliere la teoria della non revocabilità.

Per diritto giustinianeo invece è a ritenere che non sussistendo il corrispettivo nel patrimonio, nel qual caso mancherebbe il danno, la revoca sia ammissibile. Per il corrispettivo diverso dal giusto sembra che anche in diritto classico vigessero le regole dell'azione Fabiana. L'acquisto a un prezzo superiore al giusto può mascherare una liberalità e la vendita a prezzo minore danneggia direttamente i creditori. Per altro la scientia del partecipe andava valutata con criteri ampi.

Non è da obliare che in diritto classico nessun rimedio era dato per la lesione nel prezzo della vendita, ritenendosi sufficiente la determinazione della volontà al riguardo, e solo per diritto postclassico con una costituzione di Diocleziano e Massimiano fu concessa la rescissione per la lesione enorme o ultra dimidium (19).

Nelle fonti sono ricordate anche la donazione (fr. 6. 11 e 17. 1 h. t.), la costituzione di usufrutto (l. 10. 15 eod.), la ces-

(17) D. 21. I, 21 pr. (Ulp. 1 ad ed aedil. curul.): Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio.

(18) Cons. Solazzi, che ritiene giustinianeo il principio della revoca, quando il corrispettivo sia stato dissipato dal fraudator: op. cit., p. 102 e 105.

(19) C. 4. 44. 2.

sione dell'eredità (20), la prestazione del legato (l. 6. 13 eod.), la *derelictio*, cui si è già accennato (21), la transazione, ricordata per l'azione Fabiana (D. 38. 5. 1. 9).

Per le donazioni remuneratorie il fr. 9 di D. 38. 5 non consente la revoca in favore del patrono.

Iul. l. 26 dig.: Vivus libertus donare bene merentibus amicis potest: legare vero nec bene merentibus amicis potest, quo patroni partem minuat.

È dubbio se la norma si applicasse anche all'azione pauliana, in analogia alla non revocabilità degli atti di adempimento delle obbligazioni anche naturali. La questione si riconnette al trattamento controverso delle donazioni remuneratorie in genere (22).

40. — Per la dote vi è controversia circa la natura dell'atto e le condizioni richieste per la revoca. Il principio del diritto classico è che la dote *profecticia* o *adventicia* sia di proprietà del marito, ma sotto l'influenza del diritto ellenico, si afferma in effetti nel diritto giustinianeo il principio opposto (23), che cioè la dote sia della moglie, sebbene ne figuri *legis subtilitate* proprietario il marito: da ciò e da altri principii anche di diritto ellenico la riforma del sistema dotale.

La restituzione della dote doveva essere in origine pattuita (dos recepticia) con la *cautio rei uxoriae* (24), da cui derivava l'*actio ex stipulatu*, che era stricti iuris; ma fu concessa (25) dal Pretore, anche se la cautio non fosse intervenuta, l'*actio rei uxoriae*, in bonum et aequum concepta, che spettava, tranne il caso di D. 23. 3. 6 e Ulp. 6. 4, solo alla donna contro il marito e i suoi eredi: se era in potestà, il paterfamilias poteva esperire l'azione, *adiuncta filiae persona*. Giustiniano fuse le due azioni

(20) C. 7. 75. 1.

(21) Cap. V, n. 27.

(22) Cfr. D. 39. 5. 34. 1. - Windscheid: op. cit., II, § 368 nota 11.

(23) C. 5. 12. 30.

(24) Introdotta al tempo del famoso divorzio di Spurio Carvilio Ruga, secondo Aulo Gellio - Cons. Pacchioni: *Corso dir. rom.*, III, p. 364.

(25) Cfr. D. 23. 3. 2: Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.

classiche in un'unica actio ex stipulatu, per altro bonae fidei, e attuò altre riforme.

Nelle fonti è ripetuto il principio che nei rapporti del marito la costituzione della dote è atto a titolo oneroso (26) per gli oneri del matrimonio. D. 23. 3. 56. 1 (Paul 6 ad Plaut.): Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.

D. 44. 7. 19 (Iul. 73 dig.): Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit.

D. 24. 1. 21. 1 (Ulp. 32 ad ed.): Si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras, sine dubio dicendum est peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur.

Così pure è chiarito in D. 44. 4. 55, 12. 4. 9. 1. 20. 6. 8. 13. Anzi si considera obbligazione naturale per la donna di costituirsi la dote: D. 12. 6. 32. 2.

Nei rapporti quindi del marito (sciente o meno la moglie) non vi è dubbio che occorresse la scientia fraudis e, restituita la dote ai creditori, egli cessava di risponderne verso la moglie, che con l'actio r. u. nulla avrebbe potuto pertanto conseguire.

La soluzione è data dal fr. 25 1 di D. 42. 8 (Venul. 6 interdict.), in cui è ripetuto che contro il marito « qui ignoraverit » non compete l' interdetto (azione), adducendosi la stessa ragione già accennata da Paolo in D. 12. 4. 9. 1: « cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit »: ciò tanto se la dote fosse stata costituita dal suocero (fr. 21. 1) che da altri (l. 25. 2) o anche dalla moglie, come dalla l. 10. 14 h. t., in cui si adduce l' ipotesi della dote costituita fraudolentemente mediante acceptilatio in favore del marito debitore.

Nei rapporti della moglie l'actio r. u. o ex stipulatu non sorgeva che con lo sciogliersi del matrimonio: prima non poteva esservi in favore dei creditori che l'azione per costringere la moglie a interporre la cautio « quod consecuta fuerit se restituturam » (27).

---

(26) Cfr. Petroni: *La funzione della dote romana*, p. 66.

(27) L. 14 h. t. (Ulp. 6 disputationum): Filia tenetur ut cedat actione de dote adversus maritum - L. 25. 1. cit.: At si neuter scierit, quidam existimant nihilo minus in filiam dandam actionem, quia intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse, aut certe cavere eam debere, quod consecuta fuerit se restituturam.

Nelle fonti l' ipotesi della moglie sciens è ripetutamente accennata e non vi è dubbio che fosse tenuta nei sensi su esposti.

Se il marito era partecipe della frode, dovendo restituire la dote ai creditori, la moglie nulla poteva conseguire, ancorchè ignara della frode: il marito, restituita la dote ai creditori, « desinit dotem habere » nè quindi doveva restituirla alla moglie, sciolto il matrimonio (fr. 25. 1 cit.).

L' ipotesi opposta invece della moglie insciente, se inscius era anche il marito, sebbene nei rapporti di lei la dote ricevuta da altri fosse ritenuto acquisto ex causa lucrativa (28), non è risoluta nelle fonti (29).

Venuleio nel citato fr. 25. 1 riferisce l'opinione di alcuni: At si neuter scierit, quidam existimant nihilo minus in filiam dandam actionem, quia intellegitur quasi ex donatione aliquid ad eam pervenisse.

Nel fr. 14 Ulpiano riferisce la cessione dell'azione: Ergo et si fraudator pro filia sua dotem dedisset *sciente* fraudari creditores, filia tenetur ut cedat actione de dote adversus maritum.

La lezione « sciente », ritenuta dal Mommsen e dal Lenel e dai più non è accolta dal Solazzi (30), che segue la lezione « scienti » della Fiorentina, riferendo la « scientia fraudis » al marito anzi che alla moglie.

L'azione dotale importava ragioni privilegiate, essendo preferita in diritto giustinianeo anche alle precedenti ipoteche consentite dal marito (31).

Dal fr. 10. 14 nessun rilievo può trarsi: l' ipotesi è che la stessa donna si sia costituita fraudolentemente in dote il debito,

---

(28) Cfr. D. 23. 3. 9. 1; 33, 43. 1 h. t.; C. 5. 3. 20, 5. 12. 31, 5. 13. 1. un. 13.

(29) Nella c. C. 7. 75. 2 non vi è cenno della scientia fraudis: *Imp. Alexander A.* Symphorianae. Si successione patris abstenta fuisti: ob ea, quae in dotem data sunt convenire te creditores nequeunt, quibus pignora in dotem data non docentur: nisi bonis defuncti non sufficientibus, in fraudem creditorum dotem constitutam probabitur.

(30) Op. cit., p. 248. Anche il Maierini sembra che accolga la lezione « scienti », perchè adduce il fr. per l' ipotesi della moglie ignara: op. cit., p. 188. Così il Bonfante: *Istituz.* 9, p. 509 nota.

(31) C. 5. 12. 30 e 5. 13. 1. un. 1. (Iustin.).

rimesso al marito, è da intendere partecipe della frode: in tal caso il marito è tenuto « nec mulier de dote habet actionem »: la frase che segue « neque enim dos in fraudem creditorum constituenda est » non può interpretarsi come un principio generale fuori del caso esaminato.

Nel fr. 25. 2 (32) è probabile il glossema sospettato dal Solazzi (33) di « aeque mulier », essendo questa filiafamilias, e di « si non ignoraverit » riferito al padre.

Comunque per diritto classico la soluzione « si neuter scierit » era controversa (34). In diritto giustinianeo sembra prevalsa l'opinione della revoca.

Per l'azione Fabiana invece la revoca della dote non è ammessa, per considerazioni morali, che dovettero prevalere.

D. 38. 5. 1. 10 (Ulp. 44 ad ed.): Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso, quod dotavit, non videtur fraudare patronum, quia pietas patris non est reprehendenda.

41. — Per gli atti di omissione che producono l'estinzione di diritti, Ulpiano e Paolo formulano del pari il principio in linea generale.

D. 42. 8. 3. 2: Et qui aliquid facit, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet.

L. 4 h. t.: In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod debet facere, intellegendum est, id est si non utatur servitutibus.

L'estinzione delle servitù (35) e dell'usufrutto per *non usus*, già rilevata è ricordata anche nel fr. 3. 1 eod.: « aut usum fructum vel servitutem amittit ».

(32) Venul. 6 interdict.: Item si extraneus filiae familiae nomine fraudandi causa dotem dederit, tenebitur maritus, si scierit: /aeque mulier/: nec minus et pater, /si non ignoraverit,/ ita ut caveat, si ad se dos pervenerit, restitui eam.

(33) Op. cit., p. 253.

(34) Ammettono la revoca, seguendo il Voet, Bonfante, Arangio-Ruiz, Butera, Windscheid, Reinhart, Meischeider, Schönemann, Forti, Maierini. Il Solazzi ritiene che la revoca fosse sempre ammessa, se il marito fosse sciente, potendo i creditori preferire la cessione dell'azione: contro la moglie ignara ritiene spettare l'azione in dir. giustinianeo.

(35) Cfr. D. 50. 16. 28 pr. (Paul 21 ad ed.): Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videtur alienare, qui patitur, usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes.

Sono revocabili anche gli atti di inazione dolosa, che cagionano la prescrizione (fr. 3. 1 cit.: « vel a debitore non petit, ut tempore liberatur » e D. 38. 5. 1. 7: « actiones enim de bonit deminuit, quemadmodum si passus esset actionis diem abire »).

Per le rinunzie vi è indicata la rinunzia al pegno (D. 42. 8. 2 e 1. 18: et si pignora liberet » — « pignus omiserit »), al grado di esso, secondo un' interpretazione della l. 2 eod. (vel. quem alium in fraudem creditorum praeponat), all'usufrutto (1. 10. 15 eod.), a crediti in genere (1. 17 pr. h. t.: « Omnes debitores, qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem »).

Dei negozi remissori, *acceptilatio* e *pactum de non petendo*, ricordati nei fr. 1. 2, 10. 14 e 25 pr. eod., già si è fatto cenno (36).

42. — L'assunzione fraudolenta di obbligazioni è del pari revocabile, in quanto, aumentando il passivo, danneggia i creditori.

Il principio è posto dal fr. 3 h. t.: « sive se obligavit fraudandorum creditorum causa ». Nell'editto di D. 42. 5. 25 (37) si nega l'azione:

Ait Praetor: Quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare sciente eo qui contraxerit, /ne actio eo nomine detur/.

La *denegatio actionis* è confermata dal fr. 12. 2. 9. 5, che accorda contro i creditori fraudolenti *l'exceptio fraudatorum creditorum*:

Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret sibi decem dare oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.

In tal modo il creditore è escluso dalla procedura concorsuale. D. 17. 2. 3. 3. dichiara nulla ipso iure la società « dolo malo aut fraudandi causa coita ».

(36) Cap. VI, n. 27.

(37) Sulla restituzione del fr. v. Cap. I, n. 8.

43. — Per la costituzione di garanzie, per il pegno e l'ipoteca (38) « in vetus creditum » le fonti del pari attestano la revocabilità, ma anche qui vi è controversia tra gli autori.

L'opinione prevalente è per la revocabilità (Huschke, Reinhart, Hansenbalg, Mankiewicz, Schey, Otto, Grützmann, Vangerow, Windscheid, Dernburg, Sintenis, Serafini E., Maierini, Brezzo, Butera: contra Zücher, Fischer, Bellavite e Solazzi per il diritto classico).

È da premettere, come perspicuamente rileva il Solazzi (39) che la costituzione di garanzia in tanto è prevista per un debito antico, scaduto o meno (40), in quanto se fosse contestuale, sarebbe revocabile la stessa obbligazione in frode.

Si adducono per la controversia gli stessi argomenti, che rileveremo per la *datio in solutum*: così il Dernburg afferma che si tratta di nuovo negozio (41) e il Windscheid osserva che al debitore non è lecito invertire l'ordine legale col quale i creditori devono essere soddisfatti (42).

Ex adverso si adduce che se il creditore ha diritto di essere soddisfatto, a fortiori dovrà ritenersi lecita la costituzione di una garanzia.

L'obiezione risale al Voet (43), che l'adduce anche per la datio in solutum: Nec aliud dicendum, si debitor uni ex creditoribus scienti prudentique, solvendo non esse debitorem, ante bona per creditores possessa ius pignoris in re sua constituerit pro debiti securitate, cum absurdum esset et iniquum, creditorem, eo tempore, quo ipsum creditum a debitore potest impune recipere non posse sibi pro debito securitatem pacisci.

Può per altro replicarsi che il creditore non è pagato o che appunto per il timore di non essere altrimenti, sia pure non integralmente, soddisfatto, si costituisce una garanzia a danno degli altri creditori.

(38) Cfr. D. 13. 7. 9. 2 (Ulp. 28 ad ed.): Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem.
(39) Op. cit., p. 310.
(40) Contra, SERAFINI: *Revoca*, II, p. 153.
(41) Op. cit., II, p. 630.
(42) Op. cit., II, § 463 nota 32.
(43) Comm. ad Pand. h. t. n. 18.

La revoca è chiaramente attestata da Ulpiano e da Scevola.

D. 42. 8. 6. 6.:... totum enim edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non inteponit, ut puta pignora venditionesque.

L. 10. 13 h. t.: Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.

L. 22 eod. (Scaevola l. 5 responsorum): Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

Il Solazzi (44) ritiene interpolati i passi suddetti. La soluzione classica risulterebbe dal fr. 13 h. t.

Paulus l. 68 ad edictum: Illud constat eum qui pignus tenet hac actione non teneri: suo enim iure et ut pignus, non rei servandae causa possidet.

Appare strano però che questo passo, interposto tra gli altri nella *sedes materiae* sia sfuggito o sia stato frainteso dai compilatori.

Ciò sembra poco probabile ed è quindi da seguire l'opinione prevalente, che ritiene il frammento non decisivo e di riferimento anzi estraneo alla controversia.

Per la tesi della revocabilità si adduce anche altro frammento:

L. 2 h. t. (Ulp. 66 ad ed.): Idem erit probandum: et si pignora liberet vel quem alium in fraudem creditorum praeponat.

Si discute però se il « praeponere » indichi la costituzione del pegno, e tale è anche l'opinione del Windscheid (45), o se invece si riferisca alla rinunzia al grado dell'ipoteca in favore del creditore ipotecario posteriore, come ritiene anche il Solazzi (46). Il testo è in effetti di dubbia interpretazione.

(44) Op. cit., p. 308 segg.
(45) Loc. cit.
(46) Op. cit., p. 309.

Nel sistema romano l'ipoteca, consensualmente convenuta, non esigeva la scrittura, che si soleva redigere però agli effetti della prova (47). Ciò per stabilire l'anteriorità nel caso di più ipoteche dava luogo a facili simulazioni.

Differente era invece il sistema dell' Egitto greco-romano, sistema, che dalle scoperte di papiri, tra cui la c. d. Petizione di Dionysia, è risultato organizzato in modo, come rilevava il De Ruggiero, superiore anche alla nostra legislazione moderna.

L'ipoteca doveva essere iscritta nei libri fondiari, dove si trascrivevano anche gli acquisti e le variazioni, custoditi nella bibliothéche enghetéseon, cui presiedevano, pare in ogni città, i bibliofylaches, ai quali competeva anche un potere di autorizzazione verso notai e conservatori dei documenti al riguardo.

La data dell'ipoteca nel sistema romano all'opposto poteva essere facilmente fittizia, tanto che con una costituzione dell'imperatore Leone dell'anno 469 fu stabilito che le ipoteche costituite alla presenza di almeno tre testi « probatae atque integrae opinionis » o per atto pubblico dovessero essere preferite a quelle redatte per scrittura, anche se di data anteriore (48).

È controverso (49) in tal caso se il creditore posposto potesse far revocare per frode l'ipoteca preferita: ci sembra però che sia da seguire la tesi affermativa, in quanto se la legge stabiliva una maggiore efficacia per la forma di costituzione, non escludeva per altro l'applicazione delle comuni norme revocatorie, che altrimenti potevano essere eluse anche salvando l'efficacia della forma in danno della sostanza, con più studiata frode.

---

(47) Cfr. D. 20. 1. 4 i. f. (Gai. 1. sing. de form. hypoth.): Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet quod actum est si habeat probationem.

(48) IMP. LEO A. Erythrio P. P. - Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi/ decernimus/ etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

(49) Cons. ZÜRCHER: *Die actio pauliana*, p. 18 segg., SERAFINI E., op. cit., II, p. 174 segg., SOLAZZI: op. cit., p. 169 e 303.

44. — Dell'adempimento di obbligazioni anche naturali improprie (50), terminologia questa non accolta dal Longo (51), si è già discorso innanzi (52), in relazione ai pagamenti avvenuti anteriormente alla missio in bona, per obbligazioni non soggette a condizione sospensiva, questa pendente. La dottrina quasi concorde (Franke, Vangerow, Huschke, Fischer, Reinhart, Schönemann, Sintenis, Arndts, Otto, Grützmann, Windscheid, Dernburg, Maierini, Butera e Solazzi per il diritto classico: contra: Laspeyers, Serafini E.) è per la non revocabilità di essi, a parte per i pagamenti anticipati l' intersurium.

Così anche per l'adempimento delle obbligazioni naturali (Vangerow, Brinz, Sintenis, Reinhart, Grützmann, Otto, Mankiewicz, Schey, Windscheid, Dernburg, Maierini, Giorgi, Butera per il diritto classico: contra, Francke, Huschke, Zürcher, Serafini E.: distinguono Fischer e Bellavite: dubita il Solazzi).

Infatti il principio è chiaramente affermato nelle fonti.

A parte il fr. D. 42. 8. 6. 6., per cui si discute se si riferisca a un pagamento effettuato o ricevuto dal fraudator, la quale ultima opinione è prevalente, vi è il successivo fr. 6. 7 di Ulpiano:

Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit.

Il principio è ribadito da Scevola nella l. 24 eod. i. f.: Sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.

Anche in D. 50. 17. 129 pr. Paolo enuncia: Nihil dolo creditor facit qui suum recipit.

Sul fondamento del principio alcuni si riportana a quello enunciato nel fr. 6. 6.: « qui suum recipiat, nullam videri fraudem... eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum est »; altri alla mancanza di dolo e all'altra

---

(50) Cons. PACCHIONI: *Corso*, III, p. 62.

(51) G. LONGO: *Diritto romano - Le obbligazioni* (1934), p. 142.

(52) Cap. VI, n. 27.

massima « ius civile vigilantibus scriptum est ». Sostanzialmente l'atto non apparve revocabile, perchè il debitore non poteva sottrarsi all'adempimento delle sue obbligazioni, prima della missio in bona e quindi della *par condicio*, tanto che poteva esservi costretto giudizialmente.

La non revocabilità si estende anche all'adempimento di obbligazioni naturali improprie, cioè dovute a doveri di morale e di coscienza, come per la restituzione dell'eredità fidecommissaria, senza ritenere la quarta *ex senatus consulto Pegasiano* (53): in effetti destinatario dell'eredità è l'erede fedecommissario e l'estensione della quarta falcidia a favore dell'erede fiduciario fu sancita per facilitare l'adizione dell'eredità.

Perciò nei fr. 19 e 20 di D. 42. 8 Papiniano e Callistrato ritengono che non vi sia frode poichè il debitore ha seguito « fideliter » la volontà del testatore.

45. — Per la datio in solutum la maggior parte degli autori ritiene la revocabilità (Francke, Laspeyres, Vangerow, Römer, Schönemann, Otto, Grützmann, Meischeider, Mankiewicz, Schey, Hennig, Steiner, Sintenis, Windscheid, Dernburg, Maierini; contra: Puchta, Brinz, Reinhart, Zürcher, Fischer, Bellavite, Brezzo, Butera, Solazzi per il diritto classico).

Si rileva, come sostiene il Dernburg (54) che trattasi di negozio nuovo o, come espone il Windscheid (55), che il creditore non riceve ciò che gli è propriamente dovuto, ma una prestazione diversa a preferenza degli altri creditori.

Testi espressi nelle fonti mancano, sebbene si adducano D. 42. 8. 25. 3, C. 7. 75. 1 e altri passi, che sembrano estranei al tema controverso.

L'opinione prevalente della revocabilità sembra fondata: sia che si voglia pensare a un nuovo negozio sia che, come mezzo di estinzione, si voglia aver conto alla diversità dal pagamento, sembra che le ragioni addotte per la revocabilità dei pagamenti,

(53) Cfr. D. 24. 1. 5. 15, che non ravvisa in tal caso donazione.
(54) Op. cit., II, p. 630.
(55) Op. cit., II, § 463 nota 33.

almeno in diritto classico, in quanto il creditore riceve ciò che gli è dovuto e che avrebbe avuto diritto di richiedere giudizialmente, non possano valere per la datio in solutum, che d'ordinario è indice di uno stato di dissesto, se non di insolvenza.

La datio in solutum convenzionale — quella legale giustinianea è del tutto eccezionale — fu ammessa in deroga all'obbligo del pagamento: « quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest » (D. 12. 1. 2. 1).

Il creditore quindi non attua direttamente il suo diritto di credito e piuttosto è agevolato il debitore nell'adempimento della prestazione.

La controversia tra Proculeiani e Sabiniani, la cui opinione prevalse, riguardava appunto l'estinzione per l'*exceptio doli* o ipso iure dell'obbligazione (56).

Comunque nell'ipotesi che sia data in solutum una cosa di valore maggiore del dovuto — rilevabile a prescindere dalla mera diversità di valutazione — non è dubbio che l'eccedenza implichi una liberalità soggetta a revoca, anche contro l'inscius fraudis, mentre per la datio in solutum, quale negozio a titolo oneroso, la scienza della frode è richiesta.

(56) Gaio, III, 168.